

## II. NOTAS CRITICAS

«Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles», de Ralf Serick, y sus «Comentarios de Derecho Español», por José Puig Brutau (Barcelona-Ed. Ariel - 1958), como lección práctica de metodología.

En el número IX-3 (págs. 975 y sigs.) de este ANUARIO (julio-septiembre 1956), Carlos R. Fernández Rodríguez publicó una completísima nota bibliográfica de la versión original de la obra del Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Haidelberg, Ralf Serick, *Rechtsform und Realität Juristischer Personem* (Tübingen, 1955). En el año actual este libro ha sido traducido al castellano y enriquecido con unos magníficos comentarios de Derecho español por nuestro buen amigo José Puig Brutau.

En el sugerente prólogo que el Profesor Antonio Polo ha puesto a la traducción, se subraya la cantidad de artículos, comentarios y revisiones que el libro de Serick ha suscitado en Europa y en América: Meilicke y Müller-Fraienfels, en Alemania; Mossa, Mengoni y Rescigno, en Italia, y, especialmente, la posición polémica de Ascarelli, decidido por la revisión de la doctrina de la personalidad jurídica, en sus artículos *Cooperativa e Società. Concettualismo giuridico e magia delle parole* y *Personalità giuridica e problemi delle Società* (en «Rivista delle Società», 1957, págs. 397 y sigs. y 981 y sigs.).

La mayoría de los comentarios de la obra de Serick se han ocupado fundamentalmente de un punto, trascendental para la concepción de las personas jurídicas, el de su *Durchgriff* (según terminología germánica) o «penetración» hasta alcanzar su sustrato personal o real, o su *Disregard of legal entity* (conforme la doctrina y jurisprudencia angloamericana), hasta «rasgar el velo corporativo» (según ha dicho en alguna decisión el Tribunal Supremo de Puerto Rico), «velo artificial de la sociedad», como lo califica Federico de Castro.

Nosotros trataremos de subrayar en el libro de Serick algo que nos parece más medular: su posición metodológica. En ella radica la causa de la conmoción que, con su penetración de la realidad viva, hace sentir a la concepción dogmática de la persona jurídica que tanto preocupa a los juristas conceptuales.

Serick no es un antidogmático, sino algo más; es un *adogmático*. Ihering y Heck atacaron duramente el conceptualismo dogmático. Serick (al igual que Karl Larenz en su monografía recientemente traducida, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* —Madrid, 1956), pres-

cinde del conceptualismo, no le preocupa, aunque no lo ataque ni desprecie. Por eso, en su visión final de conjunto, pregunta si los casos patológicos estudiados, «obligan a introducir una variación en el concepto de persona jurídica? ¿Afectan al concepto que se tenga de ella?» Admitida por él la imposibilidad actual de responder a estas preguntas, no halla por ello obstáculo para llegar a la conclusión de las cuestiones reales planteadas. Porque entiende que «en la vida del Derecho la persona jurídica no es un fenómeno natural previamente dado, sino una figura ideal para la persecución de determinados fines jurídicos». «La persona jurídica del Derecho civil es lo que el ordenamiento jurídico hace de ella». «La figura conceptual está siempre enlazada con una determinada realidad sociológica».

Es decir, el concepto depende de la realidad jurídica. Es un *posterius*, no un *prius*. Del mismo no pueden deducirse consecuencias jurídico-prácticas, porque el concepto no es más que la última consecuencia de la realidad jurídica.

Lo más característico del método utilizado por Serick es su análisis cuidadosísimo de la realidad, su inducción más allá de las formas y el criterio finalista o teleológico que inspira sus soluciones.

Puig Brutau, en su espléndido comentario, sigue el método realista que ha utilizado con notable éxito en sus anteriores trabajos. Frente al concepto de persona jurídica, sólo cree posible «llegar a la realidad extra-jurídica a través de las normas que regulan efectos muy diversos, contenidos en la elipsis mental a que se refiere la expresión «persona jurídica». Recuerda, la comparación de Ihering, que Ascarelli repite, entre el concepto de persona jurídica y el paréntesis del lenguaje algebraico, como «expresión abreviada para hacer referencia a una serie de fenómenos que, en caso de duda, han de ser juzgados separadamente para comprender su sentido y darles el tratamiento adecuado». E insiste en las afirmaciones de Max Radin y Latty de que «la personalidad jurídica de la sociedad sólo es una expresión o símbolo abreviado que permite hacer referencia a un complicado grupo de relaciones» y «sirve para expresar brevemente la posición tanto de los socios como de los terceros frente a lo que es *patrimonio de una empresa*». Por eso, rechaza el intento de obtener consecuencias automáticas del concepto sólo supuestamente unitario de la persona jurídica; propugna por «un método tal vez menos técnico, pero más sincero y humano, valorando las circunstancias concurrentes a la luz de los criterios de política jurídica inspiradores de la legislación» y advierte «la artificiosidad de los razonamientos maquinales apoyados en el concepto abstracto de persona jurídica», así como los dañinos efectos «de la *cattiva logica* (como lo califica Ascarelli) que no tiene en cuenta las razones de política jurídica que deben orientar la aplicación de la ley».

La traducción de la obra de Serick con su entonado complemento de Puig Brutau, que aplican prácticamente una dirección metodológica muy de actualidad, nos llega poco después que la última monografía de Luis Recasens Sitjes, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* (México, 1956. «Fondo de Cultura Económica») que ataca doctrinalmente: la apli-

cación de la lógica formal a la interpretación jurídica, la afirmación de la escuela de la exégesis de que el Derecho positivo se identifica por completo exhaustivamente con la ley escrita, y la concepción mecánica de la función judicial como silogismo, y sostiene la necesidad de ejercitar el *logos de lo humano, la lógica de lo razonable* y de la razón vital e histórica.

Esta coincidencia nos hace más patente la importancia de la obra de Serick, no solo por su planteamiento de importantes problemas, sino como indicativo de una orientación metodológica que, cada vez más, se impone a las teorías en franco declive de la exégesis lógico-formal de la ley y de la dogmática conceptual por el método de inversión.

Situados en esta encrucijada polémica, quisiéramos observar que a veces se habla con excesiva generalidad de *teorías tradicionales* y *métodos modernos*. La lógica pura o matemática no fué aplicada ni siquiera por su creador Aristóteles de modo exclusivo a la interpretación jurídica. En su *Ethicor* (X, 5) señaló que no es posible que la disposición universal de la ley humana sea en todos los casos particulares de tal modo recta que no falle alguna vez, porque las cosas humanas están sometidas a numerosas mudanzas y cosas contingentes, que ni puede prever el legislador humano ni siquiera podría exceptuarlas convenientemente a todas ellas en particular, porque introduciría confusión y prolijidad infinita en las leyes. Es notable la diferencia que media entre estas prudentes y sabias palabras, escritas hace veintitrés siglos, y la ilusa afirmación formulada por el ilustre exégeta francés Laurent que escasa mente un siglo: «dos códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos». O, con la opinión de M. Liart: «El Derecho es la ley escrita... los artículos del Código son teoremas, respecto de los cuales se trata de demostrar su mutuo enlace, y de extraer sus consecuencias. El jurista es un puro geómetra: la educación puramente jurídica es puramente dialéctica».

Las ideas aristotélicas, apartándose de su pura lógica formal al abordar la interpretación jurídica, llegaron a través de Teofrasto a los juristas romanos. Así el Pretor y los jurisconsultos de Roma supieron adaptar las normas a la realidad de la vida, llenas de equidad, de sensibilidad y sabia adecuación a la evolución histórico-social del Imperio.

En la Edad Media, es cierto que la glosa fué precursora de la exégesis francesa y esclava de la lógica formal, de la que dedujo brocados para aplicarlos mecánicamente. Pero esa postura ya fué superada por los comentaristas. Santo Tomás, tampoco limitó la interpretación jurídica a una mera operación lógico-formal, sino que propugnó que el Derecho positivo fuera elaborado e interpretado adaptando los principios ideales o *ius naturalistas* a las varias y mutables situaciones sociales. E igualmente los juristas españoles del siglo xvi, pese a su formación escolástica, como no perdieron el contacto con la realidad, no pretendieron sujetarla a reglas lógicas, porque —según expresó el Padre Francisco Suárez (VI-VI, 3)— la materia es mudable y «no puede el legislador ni la ley expresar

distintamente toda la mutabilidad contingente», y, por eso, la ley humana debe dejar de obligar en algún caso particular, «aunque las palabras de la ley parece que comprenden igual caso y no está exceptuado en ninguna otra ley ni la haya exceptuado el príncipe de la ley».

La herejía (permítasenos este calificativo) de reducir el Derecho a la Ley, interpretada de un modo puramente lógico-formal, tiene su raíz filosófica en el espíritu racionalista-matemático que se desarrolla en la Edad Moderna. Recasens cita, como exponente, el título de la obra de Spinoza: *Ethica more geométrico demonstrata*. Su apogeo filosófico lo alcanza con la concepción político-jurídica de Rousseau, que encarna en la voluntad general esa razón de tipo matemático aplicada incluso a problemas éticos y la eleva a ley a través de su expresión en la mayoría parlamentaria. El Código de Napoleón constituyó la realización jurídico-positiva de esa aspiración. Tanto, que se llegaron a escribir, entre otras no menos expresivas, frases como las de Laurent y Liart que antes hemos reproducido. Y así fué imponiéndose la idea de que todo fallo debía necesariamente ser referido a algún artículo del Código deduciendo consecuencias de su contexto literal.

Claro que en la misma Francia comenzó muy pronto a evolucionar la exégesis, primero cuando tímidamente empezó a acudir en busca de los antecedentes legislativos o de las exposiciones de motivos de las leyes. Lo cierto es que, desde hace tiempo, la jurisprudencia francesa no sólo no se detuvo ahí, sino que ha superado y dejado atrás la exégesis lógico-formal, incompatible con el tradicional buen sentido francés.

La escuela exegética no sólo no ha olvidado las limitaciones de todo legislador y lo irreductible y mutable que es la realidad social, sino que, además, desconoce que la lógica pura, matemática o formal sólo es una pequeña porción de la lógica entera, que abarca todo el logos de lo humano o de lo razonable, y, por tanto, comprende: la lógica de la razón vital, de la razón histórica, la lógica estimativa, la lógica de la finalidad, la lógica de la acción, la lógica experimental. Como destaca Recasens Sitjes, la lógica pura, «no contiene puntos de vista axiológicos, ni contiene tampoco armazones adecuados para la conexión entre fines y medios, como no contiene tampoco los cuadros en que se da la experiencia vital e histórica».

Es expresivo, para hacerse cargo de la estrechez de la exégesis lógico-formal, un caso que Recasens repite de Radbruch y éste, según cree aquél, de Pretrasyski, también expuesto por Federico de Castro (II-1, pág. 27, nota 5): En una estación ferroviaria aparecía un letrero con la transcripción de un artículo del reglamento de ferrocarriles, que decía: «Se prohíbe el paso al andén con perros». Alguien quiso entrar con un oso, y se planteó el problema de interpretar la normas reglamentaria.

Aplicada la exégesis lógico-formal, el oso podía tener acceso al andén, dado que la letra se circunscribía a los perros, siendo así que *inclusio unius exclusio alterius*. En cambio, con ese mismo criterio, pudiera haberse negado la entrada a quien llevase un pequeño perrillo disecado, porque *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Pero, con una interpretación *racional* (es decir, con razones no puramente lógico-matemáticas), habrá que acudir a la finalidad *ratio* del precepto, que no pudo ser otra que la de evitar incomodidades, molestias y peligros a los viajeros, y concluiremos que, tanto o más que los perros, los osos deben entenderse comprendidos en la *ratio* prohibitiva del precepto y, por tanto, en su prohibición. Y, en cambio, según de Castro, el perro faldero debe entenderse excluido de ella.

El fallo de la pretendida totalitaridad de la ley, auto integrada por su exégesis lógico-formal, es patente. Nuestro inolvidable Santo Padre Pío XII —gran jurista, además de dotado de un profundo sentido humano—, en su último discurso, dirigido al V Congreso Internacional del Notariado Latino, expresó su fina sensibilidad jurídica con estas palabras, tan acordes al más puro sentido clásico de la interpretación, según la *ratio*, como a los criterios modernos más ponderadamente revisores de la doctrina exegética :

«El Notario sabe, por otra parte, que ningún enunciado jurídico logra cubrir perfectamente los datos de un caso determinado: ¡Cuántas veces no es llevado el Notario a suplir su silencio o ambigüedad! En algunas ocasiones, él sobrepasará francamente la letra de la ley para conservar mejor su intención. Porque las leyes mismas no son un absoluto; ceden el paso a la conciencia recta y bien formada, y precisamente se reconoce al verdadero hombre de leyes, sea juez, abogado o notario, en la competencia aportada a la interpretación de los textos en relación con bien superior de los individuos y de la comunidad».

La interpretación conceptual, a través del método dogmático de inversión, representa una superación de la pura exégesis, sin salirse de la lógica formal. Solo que, en la dogmática se ejercita la lógica para algo más que exprimir el texto literal de las leyes. Se emplea para elaborar conceptos generales, abstrayéndolos de las disposiciones legales, en trabajo de ordenación y construcción técnica. Luego los casos reales han de ser clasificados y etiquetados para aplicarles la norma pertinente, según su calificación jurídica. El silogismo, a que la lógica formal reduce la aplicación del Derecho, queda concretado con el conceptualismo a la subsunción del supuesto de hecho planteado en una categoría general dogmática, previamente estructurada, para aplicar a aquél las normas atribuidas a ésta.

Pero el conceptualismo dogmático presenta defectos tan graves como la exégesis. Olvida, ante todo, que la lógica puede tener virtud ordenadora, pero no creadora. En segundo lugar, falta a la propia lógica, porque trata de señalar la regla aplicable a una determinada relación en virtud de su inclusión en una categoría preestablecida, que fué verificada atendiendo a coincidencias diferentes del acto para el cual se busca la regla jurídica que trata de determinarse. Un símil que Federico de Castro ha expuesto, refiriéndose a la analogía conceptual, resulta muy docente: «si A es semejante a B, porque ambos tienen en común la característica  $x$ , no puede lógicamente deducirse que la calificación  $z$  que se da a A deba concederse a

también a B, pues para ello haría falta que  $z$  se aplicara a A en virtud de  $x$  y no, por ejemplo, de  $y$ ). Por otra parte, este método se apoya en criterios de clasificación puramente técnicos, pero no en principios morales, sociológicos, políticos, teleológicos o de justicia, que deben presidir el Derecho, como *ars boni et aequi* (\*).

Serick jamás utiliza argumentos basados en la lógica formal, ni en el conceptualismo dogmático. Puig Brutau se preocupa, además, repetidamente en subrayar las diferentes secuencias resultantes de aplicar esos métodos o el realista y finalista que propugna.

(\*) Para que nuestras palabras no se interpreten torcidamente, queremos precisar:

a) *Respecto a los conceptos jurídicos*. Repetiremos las observaciones que no hace mucho (*La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del C. c.*, Introducción, pág. 7) añadimos a nuestra afirmación de que «los defectos del método dogmático de inversión nos ayudan a olvidar muy a menudo que el verdadero objeto de la interpretación es penetrar en la *ratio legis*, en el fin de la norma». Son éstas:

«Al hacer esta observación distinguimos fundamentalmente los conceptos jurídicos, de su elevación a dogmas y de su utilización interpretativa por el método de inversión.»

«Los conceptos son necesarios no sólo en toda disciplina científica, sino incluso para entendernos al comunicar nuestras ideas o sentimientos. El Derecho, por tanto, los necesita. Nuestro compañero GONZÁLEZ PALOMINO (*Salutación a Carnelutti*, en An. Ac. Matr. del Not., VIII, pág. 377) lo expresó magistralmente: «Sin los conceptos no podríamos captar la realidad. Sin el sistema no podríamos entenderla. Pero conceptos y sistemas tienen sólo un valor instrumental y hemos de estar siempre dispuestos a mejorarlos y aún a desecharlos cuando no funcionan bien, porque estamos al servicio de la vida jurídica y no de los conceptos ni del sistema.»

«Por esto mismo es inadmisibles la elevación a dogmas de esos conceptos que siempre hemos de considerar como provisionales. Y mucho menos será lícito su utilización como punto de apoyo—tan frágil como el cono invertido, de que DUALDE (*Una revolución en la lógica del Derecho*, págs. 99 y sigs.) nos habla—de una interpretación realizada por el método de inversión. Si los conceptos son ordenación de ideas, pueden ayudarnos a poner en orden otras ideas; pero no a completar los demás datos de otras estructuras que hayamos estructurado por otros datos distintos.»

Es decir, los conceptos hacen falta para ordenar ideas e incluso para entendernos al expresarlas; pero no pueden servirnos para interpretar e integrar normas de conducta.

b) *Respecto a la posición realista y al método valorativo*. Observaremos:

Que el realismo por propia esencia ha de ser objetivo. Subjetivismo y realidad son antagonicos. Por eso, el método valorativo, aplicado con realismo jurídico, no puede permitir nunca los sentimentalismos ni los criterios subjetivos de valoración. Ésta debe hacerse atendiendo únicamente a razones finalistas o de política legislativa, deducidas con rigor jurídico y valoración objetiva. La intuición merece ser escuchada, pero no puede imponerse si no resulta confirmada con razones, no formales pero sí objetivas, de valoración jurídica.

Y que el realismo jurídico y sociológico no está reñido con el método histórico, sino al contrario, halla en éste no sólo raíz, sino la única posibilidad de obtener la suficiente perspectiva para ponderar en sus justas dimensiones la realidad sociológica y sus remedios jurídicos. La Historia nos enseña el porqué causal y final de las normas y de sus mutaciones, y nos permite comparar la situación social y económico-social que presidió aquel alumbramiento o aquellas modificaciones con la existente en la actualidad. La interpretación histórica de una norma nada tiene que ver con las posiciones historicistas, que puramente quieren revivir lo que fué y ya no es, con olvido—como dijimos hace años (*La hipoteca del Derecho arrendaticio*, pág. 13)—que la Historia jurídica ha de proyectarse dinámicamente, como una cinta cinematográfica en movimiento, no como un intento de revivir una fotografía anticuada. Tampoco ha de identificarse con la posición de la llamada Escuela Histórica o de Savigny, que se cerró en un merb positivismo, aunque fuese ro-

Resumiendo la posición metodológica de Serick, como la de su comentarista, podríamos caracterizarla fundamentalmente en los siguientes criterios:

1.º *El de examinar la realidad desnuda de todo ropaje conceptual con todos sus detalles y matices necesarios para valorarla debidamente con criterios o razones de política jurídica. Y, por tanto, sin dar valor de fundamento lógico a los conceptos dogmáticos que encubren esa realidad hasta la que debe profundizarse.*

Ejemplo de este criterio, lo ofrece Puig Brutau cuando compara dos sentencias del mismo día 30 de octubre de 1955. En una de ellas, se afirma que no procede la resolución del arrendamiento cuando todas las acciones de una sociedad anónima son transmitidas al mismo socio. En la otra se declara que, disuelta la sociedad arrendataria, ninguno de los socios puede sucederla en la titularidad arrendaticia del local arrendado, pues no cabe aplicar por analogía a la sociedad disuelta la norma que establece la sucesión del arrendatario comerciante individual, que fallezca sin herederos, a favor de su socio. Puig Brutau rechaza el carácter general de las afirmaciones de ambas sentencias, porque están basadas en razonamientos maquinales apoyados en el concepto abstracto de persona jurídica. En la

---

mánticamente captado del espíritu popular, que se quiso imponer a toda razón, negada al hacerla esclava del acontecer fatal.

En otro lugar (*Epílogo de Apuntes de Derecho Sucesorio*) afirmamos nuestra firme creencia en que «las normas del Derecho sin su Historia no serían sino como hojas desprendidas de su tallo, con las que el viento de las modas jurídicas o políticas jugaría con sus soplos arbitrarios». Y añadíamos:

«¡Vana ilusión la de rehacer todo el Libro del Derecho en cada generación, volviéndolo a abrir en blanco desde su primera página!»

«Los juristas trabajamos sobre conceptos y terminología que otros juristas más antiguos evaluaron, discutieron y reelaboraron.»

«Las normas deben crearse sobre la base de una realidad social, acrisoladas por el choque de otras leyes más viejas con las nuevas concepciones o necesidades. Pueden cambiar las normas. Muchas veces es necesario que así sea—no siempre es arbitrario el legislador moderno en su empeño de dominarlo y reglamentarlo todo—. Pero la nueva ley no puede prescindir de la que la precedió, aunque sólo sea para derogarla de modo más absoluto.»

«Cada generación añade algo al edificio del Derecho. A veces sólo es polvo, que el más ligero soplo aventa. En otras, sólo deshace lo que hizo la generación de sus padres y rehace lo que éstos han destruido. ¡Cuántas veces los hombres de un siglo, que orgullosamente habían creído avanzar, no hacían más que dar vueltas sobre el mismo circuito varias veces recorrido y siempre redescubierto!»

«Por eso, creemos que sólo una visión panorámica, pero exacta—huyamos de los tópicos y lugares comunes—y revisada, del desarrollo histórico del Derecho, en su continuidad, puede guiarnos para conocer el presente y orientar el porvenir—en lo posible—»

«Un proceso codificador es siempre un repaso histórico del Derecho vigente. Se trata de separar lo vivo de lo muerto, de articular y sistematizar lo vigente, y revisarlo contrastándolo con la realidad actual y los planes futuros.»

«En el terreno de la interpretación e integración de las normas, también el conocimiento dinámico de la Historia es imprescindible para fijar la finalidad de la norma dentro de su sistema y para adaptarla a los cambios de orientación de los principios más fundamentales del ordenamiento jurídico, cuando se hayan producido. Precisamente, para evitar que caprichosamente se haga decir a una norma lo que en cada momento se quiera, y para determinar lo que quiso decir y lo que no se preocupó de regular, lo que encarnó y lo que, por el contrario, quedó fuera de su ratio.

primera, la persona que concentra en sus manos todas las acciones puede realizarlo con el propósito de explotar definitivamente el negocio individualmente, bien que bajo el disfraz de la forma social. En el caso de la segunda, cabe que un comerciante hasta la fecha enmascarado en una sociedad anónima propia, obre decidido a despojarse de tal vestidura o apariencia de realidad. Por eso cree que debiera atenderse, en uno y otro caso, a la *ratio* legal reconocida en las Ss de 10 de julio 1950 y 31 octubre 1953, al afirmar que: «lo que la ley no autoriza, llámese traspaso, cesión o subarriendo, es que el local arrendado a determinada persona sea transmitido a otra y por ésta disfrutado contra la voluntad del propietario».

2.º *El de repudiar toda argumentación maquinal, que apoyada en un texto legal, realice deducciones puramente lógico-formales, bien sean: «a contrario», por no inclusión, no exclusión o no distinción, etc.*

Así, Puig Brutau, refiriéndose a la S. de 17 de febrero 1956, observa que en ella, «seguramente tenemos otro ejemplo de la *cattiva lógica* que no tiene en cuenta las razones de política jurídica que debe orientar la aplicación de la ley. Afirma que el artículo 55 de la Ley de 1956 sólo se extiende al caso de la asociación que entre sí realicen los hijos del titular arrendatario fallecido, sin extenderse a otros supuestos distintos, aunque se trate de una sociedad formada por el arrendatario y sus hijos. Nosotros creemos que esta argumentación desvía el problema: el artículo 55 de la ley de 1946 partió de la base de que el arrendatario había fallecido, y permitía que en tal caso los hijos asociados ocuparan el local. No debería bastar un argumento *a contrario* para excluir del local al arrendatario sólo porque se asocia con sus hijos. A la luz de la razón de ser del precepto, resulta absurdo que el arrendatario que tiene derecho al local y los hijos que tendrán derecho al mismo cuando el primero fallezca, no puedan prevenir esta sucesión de derechos a base de asociarse entre sí, sin introducción de personas extrañas. Una vez más, la deducción maquinal a base del mito de la persona jurídica ha desplazado lo que sería racional. En efecto, en ese caso, el argumento *a contrario*, deducido del artículo 31, § 3.º L. A. U. 1956, «lleva a la interpretación de lo que no existe»; porque lo cierto es que «el legislador no ha considerado el caso de una sociedad sólo formada por el arrendatario y sus hijos».

3.º *El de dar decisiva importancia a la «ratio» de la norma o a los criterios de política legislativa.*

Así lo hemos visto en los dos anteriores fragmentos que a vía de ejemplo hemos referido. Pero, además, Puig Brutau insiste reiteradamente en que, dada «la artificialidad de los razonamientos maquinales apoyados en el concepto abstracto de persona jurídica», «deberían tenerse claramente en cuenta las razones de política jurídica que pueden dar un sentido racional a esta manera de expresarse».

El conceptualista dogmático no se conformó con elaborar conceptos y utilizar el método de inversión. Algunos de sus conceptos quiso elevarlos a la categoría de realidades ontológicas; otros, que eran realidades jurídicas, pero no ónticas, pretendió convertirlos en objetos reales; alguna

vez ha querido cosificar un mero *nomen iuris*. En ocasiones el concepto se hacía persona; en otras, cosa; algunas veces se cerraba como una envoltura que escondía, sin resolverlo, un verdadero problema de esencia.

Así tenemos que:

Se ha querido cosificar las cuotas indivisas del condominio romano (Puchta y gran parte de la doctrina española). Cuando en realidad la cuota no es sino la expresión matemática de la concurrente titularidad de cada condueño, posición disponible (al contrario que la del cotitular *zur gessamte Hand*) y que no sólo señala el módulo de la participación en caso de liquidación —como en la germánica— sino además la medida del disfrute, percepción de utilidades y participación en las cargas (Larenz, Lacruz Berdejo y J. Beltrán de Heredia).

De la *universitas facti*, que no es sino un modo de considerar un elemento determinante de la consideración objetiva *sub specie universitatis* (Barbero), se había pretendido hacer una cosa material con existencia real (Warkoening, Gesterding, Fadda y Bensa) o una *res incorporalis* (Venezian).

Ese concepto de *res incorporalis* se ha utilizado para los más variados fines (Barassi, Messineo). Nuestro inteligente amigo y compañero Ballarín (*Prenda de participaciones de sociedad de responsabilidad limitada*, en «Rev. Der Mercantil», XXI —marzo 1956— págs. 300 y sigs.) envuelve brillantemente con el celofán de este concepto ideal el difícil problema de cuál es el objeto real de la prenda de participaciones de sociedad de responsabilidad limitada. Para inscribir en un registro esa garantía (pignoratícia o hipotecaria, más o menos efectiva o ilusoria en su aspecto real) basta cualquier *nomen iuris*, con o sin calificación jurídica del objeto. Pero, para resolver los problemas reales que en la práctica puede plantear su ejecución o su prelación, con relación a la posición social del constituyente, a su contenido patrimonial o a la evaporación efectiva de la garantía, creemos que la solución del *ius incorporalis* encierra en bella caja de cristal tallado una labor, de difícil resolución, irresoluta.

La situación de incertidumbre subjetiva que precede a la partición hereditaria se ha querido construir como un derecho *in abstracto* por nuestro maestro Roca Sastre. Pero sólo como imagen, expresiva de una realidad distinta, puede admitirse, prescindiendo de su exactitud técnica y real. Ferrandiz habla de «la abstracción de los verdaderos objetos de derecho», pero cosifica en cierto modo (si no ontológica sí lógicamente) esa abstracción, al decir que es el objeto del nuevo derecho. No hay tal derecho nuevo abstracto y general (que han negado Alguer, Cossio, Sanz, F. de Castro, Núñez Lagos, Roan) sino un *nomen iuris* que expresa algo distinto de lo que enuncia.

También de los derechos (poder de voluntad, interés jurídicamente protegido, o proyección subjetiva del derecho objetivo) se ha querido hacer una cosa objeto de otros derechos. El más o menos acertado *nomen iuris* de *derecho sobre derecho* o de sus derivados, se ha pretendido elevarlo a categoría general, que calificada de «lógica, no material pero sí formalmente determinada» (Pascual Marín), puede resultar un voluminoso en-

voltorio de titularidades jurídicas, inofensivo y sólo útil como cajón de sastre (compárense, v. gr., diversidad de poder en los titulares de las hipotecas de los núms. 1, 7 y 8 del artículo 107 L. H.), con tal de que no se quiera utilizar su contenido con un criterio preestablecido y prejuzgado por el nombre dado. Porque, en este caso, como con la subhipoteca le ocurre a Gullón (que concluye que primero se ejecuta la hipoteca subhipotecada y luego la cosa hipotecada), corremos el riesgo de perder todo el contenido antes de desenvolverlo (como en esa subhipoteca de Gullón, en la que quedará consumido en gastos judiciales excesivos el valor de la cosa hipotecada, después de las ejecuciones sucesivas del derecho y de la cosa, que sólo puede beneficiar al Secretario judicial, al Abogado y al Procurador, pero nunca al acreedor, al deudor ni al subdeudor). Si del sujeto y del objeto de derecho se hacen categorías lógicas —como le agrada a Pascual Marín— y no realidades, pueden los derechos sobre derechos ser dibujados en la pizarra sin peligro alguno..., mientras no queramos imponer esa figura teórica como pauta de la realidad vital —para la que se ha hecho el Derecho— sin otras consideraciones de tipo finalista, sociológico o teológico, que son las únicas que interesan al arte de lo justo.

Naturalmente que el concepto de persona jurídica ha sido uno de los más *favorecidos* por la dogmatización del conceptualismo, que ha llegado a ver en él lo mismo que vió Don Quijote en los molinos de viento. Aparte de su concepción biológica, varias construcciones jurídicas quieren hacer una realidad del concepto de persona jurídica. Bajo el criterio del liberalismo individualista, jurídicamente traducido en la concepción del derecho subjetivo como poder de voluntad, por Zitelmann se personificó la voluntad colectiva. Con Gierke la persona jurídica se conceptúa como realidad psico-física. Para Ferrara sólo es una realidad jurídica.

Lo cierto es que, con esas concepciones, las sociedades se definen como personas jurídicas diferentes de sus componentes, ante quienes se interponen en la titularidad de los derechos y obligaciones, que no se consideran comunes de los socios por ser de la persona jurídica. Como dice Antonio Polo, en el prólogo de la obra de Serick: «La *muralla* levantada entre la persona jurídica y los individuos que la componen, entre los bienes de aquélla y los que son propios de éstos había llegado a crearse *barrera infranqueable*».

Pero esta barrera se ha utilizado como fortín de finalidades muy diferentes de los previstos al construirla. Se utiliza ya no para servir los intereses económico-sociales que la justifican sino como instrumento de algunos de los miembros que la integran para el logro de sus fines individuales, inaccesibles o más arriesgados por otros caminos. Por eso, observa Polo que: «Una concepción tan excesivamente *formal* de la persona jurídica, especialmente cuando ésta surge como consecuencia de la creación de la sociedad por acciones, estaba llamada a conducir a *degeneraciones perniciosas*, por cuanto como puro concepto estructural, fruto de la técnica y del capitalismo contemporáneo, *neutro en sí mismo*, se presta a potenciar y actualizar cualquier actividad, sin consideración a los fines concre-

tos que con la misma se persiguen, merced a ese *ciego y absoluto sometimiento al puro concepto formal* que caracteriza la *persona jurídica*.

Frente a esos hechos, se insinúan tres posiciones, que en el fondo tienen sustanciales coincidencias.

a) La *empírica y realista* que, en cada caso, examina las finalidades que con la forma social se persiguen, aplicando a su reconocimiento *limitaciones de orden moral y ético*. Es la adoptada por reciente jurisprudencia alemana (apoyada en fórmulas básicas, como las de la buena fe, la naturaleza de las cosas, las exigencias o necesidades económicas). Corresponde también a la doctrina anglosajona del *disregard of legal entity*. Y, a la doctrina de Serick, que con su fórmula del «abuso» de la persona jurídica quiere penetrar en su realidad subyacente. De ese modo, ha ido asentándose la idea de la *relatividad* de la persona jurídica. Según Serick concluye: «La mente humana ha ideado la persona jurídica, le ha dado forma con su inventiva y cabe afirmar que, así vistas las cosas, esa persona debe su existencia al ordenamiento jurídico. La persona jurídica del Derecho civil es lo que el ordenamiento hace de ella»... «no es un fenómeno natural previamente dado, sino una figura ideal para la persecución de determinados fines jurídicos. De este principio de su existencia espiritual cabe inferir su elasticidad... que permite descartar su personalidad jurídica en un caso concreto, para penetrar hasta los hombres o los objetos que se hallan detrás de la persona colectiva. La figura conceptual está siempre enlazada con una determinada realidad sociológica».

b) La *negativa de la personalidad a las sociedades mercantiles*, en especial a la sociedad anónima, a las que en Francia negó incluso la existencia un Decreto de 1793. Entre nosotros queda muy próximo a esta posición Federico de Castro («¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa» —Madrid, 1950— en parte publicado en «An. Der. Civ. II-IV, págs. 1.397 y sigs. con el título de «La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica»). Según las conclusiones de tan querido y admirado maestro: «Si se quiere utilizar la persona jurídica como concepto técnico, será preciso partir de que la Sociedad Anónima no merece la consideración de persona jurídica»... «al estimarse persona jurídica a la Sociedad Anónima se abstraigo indebidamente de sus componentes (substrato personal, realidad jurídica subyacente)... «la limitación de las responsabilidades de los socios por ser un privilegio, debe interpretarse restrictivamente, y que sólo puede encontrar alguna explicación cuando la voluntad social se forma realmente por una pluralidad de personas». Y, finalmente, aproximándose al *Durchgriff* o penetración de la jurisprudencia alemana o al *Disregard* de la anglosajona, «conforme a la acertada tendencia moderna, no debe vacilarse en apartar el artificio de la Sociedad Anónima para decidir los casos según la realidad que constituye la base de la sociedad».

c) La que considera la persona jurídica como un *nomen iuris, una elipsis mental, una expresión abreviada de una serie de fenómenos jurídicos distintos, pero referidos a una cierta relación eje*. Puig Brutau, después de repetir la comparación de Ihering, recordada varias veces por As-

carelli entre el concepto de persona jurídica y el lenguaje algebraico, nos dice: «Especialmente en el caso de las sociedades mercantiles, la atribución de la personalidad jurídica no puede tener más que un sentido de expresión abreviada para hacer referencia a una serie de fenómenos que, en caso de duda, han de ser juzgados separadamente para comprender su sentido y darles el tratamiento adecuado: delimitar un patrimonio, conferir sobre el mismo cierta preferencia a determinados acreedores, disponer una organización al servicio de una finalidad, regular su efectiva actuación como expresa, señalar qué personas tendrán poderes de dirección y de representación, regular los derechos de los partícipes, etcétera. Todo esto y bastante más está encerrado en el paréntesis de que hablan Ihering y Ascarelli y la tarea consistente en despejarlo no puede quedar reducida a una simple deducción maquinal a base del concepto de persona jurídica y de la ilusoria equiparación a la persona natural.»

La persona jurídica aparece como una titularidad colectiva de una empresa (lo que la distingue de la comunidad de bienes), a la que la ley, según la forma que adopte, limita la responsabilidad a la realización de sus bienes, admite una representación orgánica no regida por la ecuanimidad, etc., etc.

Destaquemos como repudia el deducir consecuencias automáticas por el hecho de la calificación de persona jurídica. Cada fenómeno debe ser estudiado separadamente en el correspondiente supuesto en que se plantea y resuelto con criterios de estimación legal político-jurídica o teleológicos. Del concepto de persona jurídica, como tal concepto, no pueden deducirse consecuencias, pues éste no es sino expresión sintética de fenómenos que ni siquiera coinciden siempre (verbigracia, hay personas jurídicas en las que los socios responden siempre personal e ilimitadamente).

La puerta está abierta a la penetración hasta el substrato real envuelto por el *nomen iuris* de persona jurídica.

No obstante, Serick es cauteloso, y cree que «como esta penetración hasta el substrato de la persona jurídica siempre tiene carácter excepcional, cuando alguien invoque los hechos que pueden justificar que se descarte la forma de dicha persona tiene el deber de probarlos en todos los casos en que sea pertinente hablar de una carga de la prueba (por ejemplo, cuando alguien pide que sea desestimada la forma de la persona jurídica). Por tanto, se presumirá la personalidad de la persona jurídica, sin perjuicio de la prueba en contrario».

Serick concreta estos casos excepcionales en cuatro proposiciones que elabora con criterios valorativos:

«Primera proposición: Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.»

«Segunda proposición: No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción.»

«Tercera proposición: Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos, también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.» (Verbigracia, normas para ciudadanos de países enemigos, extranjeros, no residentes, negros, etc.).

«Cuarta proposición: Si la norma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no sea puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.»

Antonio Polo, al concluir su prólogo a esta obra, con la mayor prudencia escribe:

«Queremos apuntar con esto la extraordinaria *dificultad* que entraña la formulación de un *criterio rector firme* que indique *en qué casos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica para aprehender la realidad que bajo la misma se oculta*. Esta dificultad es fuente de incertidumbre de la misma manera que *aquel mal* uso de un instrumento como persona jurídica, cuando no responde a los fines que la informan, es origen de natural *insatisfacción* para los juristas.»

«Toda ponderación en esta materia ha de considerarse insuficiente. Los riesgos que amenazan la *seguridad jurídica* cuando se pierde el respeto a la figura formal de la persona colectiva para «penetrando» a través de ella alcanzar a su patrimonio y a sus individuos, no pueden ser silenciados ni desconocidos. Cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas, *el daño que resulte de no respetar aquéllas*, salvo casos excepcionales, *puede ser mayor* que el que provenga del *mal uso* que de los mismo se haga.»

Puig Brutau, en su comentario, después de plantear la realidad y trascendencia en Derecho español del problema discutido por Serick, examina con cuidadoso análisis de jurisprudencia y autores: la *doctrina disregard* con relación al traspaso de local de negocio, a la llamada sociedad de un solo socio y a la doctrina de terceros; analiza la relatividad del concepto de persona jurídica en las distintas clases de sociedades; los supuestos de incongruencia entre la estructura jurídica y la base económica de la sociedad, y, en fin, los problemas conexos con la nacionalidad de las sociedades mercantiles.

En resumen: la obra de Serick es una obra *importante* por su método y por los problemas trascendentalísimos que plantea. Quien quiera buscar en ella ejercicios de gimnasia jurídica en la *cucaña de los conceptos*, ironizada por Ihering, que no abra las páginas de este libro. En él pueden buscarse: cuestiones de la más palpitante actualidad en derecho de sociedades; completa documentación jurisprudencial alemana y anglosajona; cuidadoso análisis de la realidad y riguroso criterio estimativo para resolver. En suma: un tema muy sugestivo y unos criterios metodológicos de la mayor actualidad.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO